



Doctora

LEYDI JOHANNA URIBE MOLINA

Juez Tercero Administrativo del Circuito de Buga

E. S. D.

ASUNTO: CONTESTACIÓN DEMANDA
DEMANDANTE: JUAN SEBASTIAN GARCÍA OSPINA
DEMANDADO: NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA.
RADICACION: 76-111-33-33-003-2022-00294-00

ORFINDEY BURGOS ROJAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.498.756 de La Victoria (V), y portadora de la T.P. No. 139352 del C. S. de la J., actuando mediante poder que me ha otorgado el Señor Alcalde Municipal Doctor JULIAN ADOLFO ROJAS MONSALVE, Representante Legal del Municipio de Guadalajara de Buga, estando dentro del término legal procedo a contestar Demanda en el **MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTRABLECIMIENTO** instaurada por el señor JUAN SEBASTIAN GARCÍA OSPINA, para lo cual me es pertinente, manifestarme en los siguientes términos:

FRENTE A LAS PETICIONES:

DECLARATIVAS

- 1) A la petición dirigida a declarar la nulidad del acto ficto configurado por el silencio administrativo por parte de la Secretaria de Educación del Municipio de Guadalajara de Buga, me opongo teniendo en cuenta que la parte demandante solo acredita la presentación de la reclamación por el Sistema de Atención al Ciudadano SAC, con consulta de la misma fecha de presentación, sin que acredite consulta posterior, por cuanto es a través de ese medio que la entidad da respuesta, faltando a los deberes como parte.
- 2) Me opongo por cuanto el procedimiento establecido por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG, a cargo de la Entidad Territorial fue expedido de conformidad con la Ley 91 de 1989, en consecuencia, la transferencia que tiene por objeto el pago de cesantías de los docentes, es un traslado sin situación de fondos en el presupuesto de la entidad territorial.

DE RESTABLECIMIENTO:

En cuanto a las condenas solicitadas en estos puntos debo manifestar que no hay lugar a imponer condena alguna al MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA, por cuanto como lo demostrare el ente territorial cumplió las funciones asignadas en la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, y no es el competente para realizar el pago en los términos previstos en la Ley 91 de 1989 por tratarse las cesantías del personal docentes un régimen especial a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

A LOS HECHOS:

FRENTE A LOS HECHOS 1), 2), 3). No es propiamente un hecho, es una descripción normativa.



4) No es propiamente un hecho es precisamente sobre este asunto el que versará el litigio, atendiendo a que los docentes tienen régimen especial para estos efectos, de conformidad con la Ley 91 de 1989.

5) No es cierto, como lo demostrará la entidad territorial el proceso a su cargo para la liquidación y transferencia de los recursos que tienen por objeto la liquidación anual de cesantías se hizo de forma oportuna; ahora, en cuanto a la liquidación de intereses de las cesantías y pago este trámite no está a cargo del Municipio como entidad certificada en educación.

6) Es parcialmente cierto, es cierto que el 30 de septiembre de 2021 se hizo la solicitud aquí referida, frente al querer de la administración aquí expresado, como se ha indicado en hechos anteriores no es el Municipio el competente para hacer el reconocimiento pretendido, ahora bien en cuanto a la negativa en forma ficto, no es cierto verificado el SAC de la Secretaria de Educación Municipal de Guadalajara de Buga, el 30/09/2021 fue recepcionada la petición presentada por el señor JUAN SEBASTIAN GARCÍA OSPINA, radicada bajo el No. BUG2021ER003909, cuya respuesta se dio mediante oficio de radicado BUG2021EE004541 del 16/11/2021, a través del mismo mecanismo de recepción SAC canal web fecha en la que se cierra el registro, como lo prueba la consulta de fecha 2/09/2022 aportadas como prueba.

7) No es propiamente un hecho, lo aquí descrito es el cumplimiento al requisito de procedibilidad para el inicio de este medio de control.

8) No es propiamente un hecho, lo aquí descrito hace parte de la fundamentación jurídica en la que sustenta el actor sus pretensiones.

FUNDAMENTACIÓN FACTICA Y JURIDICA

Como se demuestra el acto administrativo configurado por el silencio administrativo negativo, no existió por cuanto como se acredita la entidad territorial a través de la Secretaria de Educación Municipal dio respuesta a las peticiones que traducen el origen del asunto objeto del litigio, el cual atiende las intrusiones y recomendaciones impartidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG y la FIDUPREVISORA S.A. ello en cumplimiento de la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, Acuerdo 39 de 1998 aclarado mediante Acuerdo 11 del 26/05/1999, Ley 715 de 2001 y Decreto 3752 de 2003.

Es importante revisar el trámite realizado por la Secretaria de Educación para la liquidación y posterior transferencia de recursos entre el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y la Fiduprevisora S.A. concernientes a las cesantías de docentes adscritos a la entidad territorial certificada Municipio de Guadalajara de Buga; al respecto, debe afirmarse que el Municipio cumple con las cargas dispuestas en el parágrafo 1 del artículo 18 de la Ley 715 de 2001 y el Decreto 3752 de 2003 artículo 9, 10 y 11, los aportes patronales y del servidor para la seguridad social de los docentes y directivos docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) se descuentan directamente por la Nación del giro mensual. La entidad territorial debe incorporar y registrar la ejecución de estos recursos en sus presupuestos de Ingresos y Gastos sin situación de fondos; así mismo, deberá conciliar periódicamente la información con la fiduciaria administradora de los recursos del Fondo para garantizar que los descuentos efectuados correspondan con los aportes efectivamente causados y realizar los ajustes correspondientes durante la respectiva vigencia; en ese orden de ideas el Municipio para cumplir con las obligaciones a cargo para el traslado de cesantías realizó la liquidación conforme los parámetros establecidos por el

1 Concepto Sala de Consulta C.E. 530 de 1993 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil



FOMAG, en el aplicativo HUMANO y genero el archivo XT con la información de todos los docentes adscritos al Municipio de Guadalajara de Buga y lo remitió medio electrónico el 5 de febrero de 2021.

Ahora en cuanto a la referencia que hace la parte actora de las obligaciones establecidas en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es pertinente indicar que la norma de forma expresa fija responsabilidades a las entidades territoriales con ocasión al incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, situación que no corresponde a la expuesta por el accionante por cuanto se trata de responsabilidades directamente a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduprevisora.

FRENTE AL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL RECLAMADO:

Ruego al Juez en el presente asunto apartarse del precedente contenido en la Sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 por cuanto si bien, surge del órgano de cierre de lo contencioso no es menos cierto que en el caso bajo estudio que dio como resultado la unificación, el Consejo de Estado aplico como precedente la sentencia SU-098-2018 de la Corte Constitucional, en la cual se estudió una situación distinta, a pesar que en ambos casos se trataba de docente del sector oficial, lo cierto es que en el caso estudiado por la Corte Constitucional, el docente no fue afiliado al fondo de prestaciones sociales del Magisterio por lo tanto no podía el docente quedar desprotegido y se le aplico el régimen general para empleados públicos, no obstante, en la sentencia de Unificación del Concejo de Estado, se trató de una docente afiliada al fondo de prestaciones sociales del magisterio, por lo cual es necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar, estudiar e integrar las normas a las situaciones de acuerdo a cada caso.

Conforme a lo anterior, en general la doctrina y la práctica de los tribunales admiten que, dentro de ciertos límites, un juez puede distanciarse de sus propios precedentes. Esto es muy claro en los sistemas de derecho legislado, en donde la fuente esencial del derecho es la ley, y no la jurisprudencia, por lo cual un funcionario judicial, en ejercicio de su autonomía interpretativa, puede modificar, aunque obviamente no de manera caprichosa, su entendimiento de las disposiciones legales y apartarse de sus decisiones previas. Pero incluso en los sistemas del Common Law, en donde el derecho derivado de los precedentes judiciales o “case Law” es fuente básica del ordenamiento jurídico, el principio del “stare decisis” o estarse a lo resuelto en casos anteriores, no es absoluto, puesto que las más altas corporaciones admiten que pueden apartarse de un precedente, con el fin de precisar, corregir o modificar una línea jurisprudencial.

Es por lo anterior, que elevo al Juez de instancia la solicitud de estudio de caso concreto, para que, materialice el estado social de derecho por cuanto en el presente asunto en voces de la Constitución Política de Colombia, la sentencia que se pide como precedente genera inseguridad jurídica y pone en riesgo el sistema normativo, y genera impacto fiscal que no se ha previsto por cuanto este asunto exige entonces que salgan del ordenamiento jurídico normas que regulan el régimen especial de los docentes, así mismo equipara la operación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a la de los Fondos de Pensiones y Cesantías de carácter privado.



EXCEPCIONES DE FONDO

EXCEPCIÓN: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Para sustentar la falta de legitimación material en la causa por pasiva a favor del Municipio de Guadalajara de Buga, es pertinente traer a estudio como se dijo en el acápite anterior parágrafo 1 del artículo 18 de la Ley 715 de 2001 y el Decreto 3752 de 2003 artículo 9, 10 y 11, el personal docente y directivo docente vinculado y que se vincule al servicio público educativo deberá estar afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), el cual tiene a su cargo el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados.

Los recursos destinados a cubrir las prestaciones sociales por concepto de cesantías y seguridad social del personal afiliado al fondo, que se financia con cargo a los recursos de del SGP para educación, se descuentan directamente de los recursos que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio, los cuales deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos, como puede observarse la competencia del Municipio de Guadalajara de Buga, es clara y por tanto no corresponde a lo exigido por la parte accionante, para reiterar la falta de competencia es pertinente citar los reglamentos internos del Fondo de Prestaciones del Magisterio, como lo es el Acuerdo 39 de 1998 del 15/12/1998 aclarado mediante Acuerdo 11 del 26/05/1999 y el comunicado No.008 de fecha 11-12-2020, resaltando de este último lo siguiente: “Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa” traduce lo anterior que la competencia en el marco del precitado comunicado a cargo del Municipio de Guadalajara de Buga es “...cada secretaría realizar todos los procesos necesarios, en cuanto a validación de valores, nombres, municipio, vinculación, fuente de recursos, etc., toda vez que son los soportes sobre los cuales se genera el valor a pagar por intereses a las cesantías y se asigna el punto de pago” y esto obedece a que la competencia del traslado de cesantías, pago y liquidación de los intereses a las cesantías es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a partir de la fecha de afiliación de los educadores al Fondo².

Así las cosas, debe decirse que de conformidad con las normas transcritas el reporte de cesantías realizado el 5/02/2021 en los términos fijados por el FOMAG a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se hizo en el marco de la competencia asignada a la entidad territorial, en consecuencia es al FOMAG a quien le corresponde efectuar el traslado de cesantías a la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según la normatividad vigente.

Teniendo en cuenta las normas citadas es que se demuestra que el Municipio solo es un intermediario, quedando demostrado fehacientemente la falta de legitimación material en la causa por pasiva del Municipio de Guadalajara de Buga, en la materialización del hecho que da lugar a lo demandado en este medio de control.

EXCEPCIÓN: CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL

Propongo esta excepción amparada en lo previsto en el artículo 164, numeral 2 del CPACA; para sustentarla se tendrá en cuenta lo afirmado por la parte actora y lo probado con las documentales aportadas que demuestran que dio origen al

² <https://www.fomag.gov.co/intereses-a-las-cesantias/>



supuesto acto ficto, la petición presentada el 30/09/2021 en el SAC canal web a través del radicado No. BUG2021ER003909, contrario a lo expuesto por el demandante que afirma que la entidad omitió su deber de dar respuesta, la Secretaria de Educación respondió la petición mediante oficios de radicado BUG2021EE004541 del 16/11/2021, a través del mismo mecanismo de recepción SAC canal web, así se evidencia en la consulta del 2 de septiembre de 2022. En consecuencia, los términos previstos en el citado artículo del CPACA, deben contabilizarse a partir del 17/11/2021; quiere decir lo anterior que el termino para la presentación de la demanda fenecía el 17/03/2022, término que no fue suspendido con la solicitud de conciliación extrajudicial por cuanto esta fue presentada el 18/05/2022 (ver página 13 del archivo 06AnexosDemanda01.pdf del expediente digital), y menos aún con la presentación de la demanda, la cual se radico el 7/07/2022.³

Por estas consideraciones se solicita se proceda a declarar la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento aquí propuesto.

PRUEBAS

Solicito que se tengan como pruebas, las siguientes que apporto:

- Expediente administrativo que contiene:
Juan Sebastian García Ospina - Poder Reclamación.pdf
Notificacion_de_Cesantias JUAN SEBASTIAN GARCIA OSPINA.pdf
RECLAMACION.ADMINISTRATIVA_JUAN SEBASTIAN GARCIA OSPINA.pdf
SAC - Sistema de Atención al Ciudadano.pdf
SAC - Sistema de Atención al Ciudadano2.pdf
sc_pdf_20220902165950_503_Gral_Respuesta_PDF.pdf
sc_pdf_20220902170136_239_Gral_Respuesta_PDF.pdf
- Correo electrónico a través del cual se envía reporte de cesantías de fecha 05/02/2021
- Comunicado 008 de 2020
- Acuerdo 039 de 1998, aclarado mediante Acuerdo 011 de 1999

ANEXOS:

1. Poder para actuar
2. Copia del acta de posesión del señor Alcalde Municipal

NOTIFICACIONES

Las más y el Municipio de Guadalajara de Buga, en la carrera 13 número 6-50 Alcaldía Municipal de Guadalajara de Buga-Valle, o en el correo electrónico notificaciones@buga.gov.co.

Las de la demandante y su apoderado, en las direcciones que figuran aportadas en el escrito de la demanda.

Atentamente,

ORFINDEY BURGOS ROJAS

C.C. 31.498.756 de La Victoria (V)

T.P. 139352 del C.S.J.

³ Ver acta individual de reparto.